Die Zulässigkeit der Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Ehegatten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Mittelstrass

Referendar aus Magdeburg.

Rostock 1931.

Die Zulässigkeit der Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Ehegatten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Mittelstrass
Referendar aus Magdeburg.

Rostock 1931.

Referent: Prof. Dr. Henle.

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Übersicht:

Seite

I. Einleitung. 7

II. Hauptteil.

A.) Wesen der Gütergemeinschaft, Gesamtgut. . . . 8

B.) Findet § 1009 BGB. auf die Gütergemeinschaft Anwendung? 14

C.) Ausscheidung des Rechts aus dem Gesamtgut. . . 18

III. Zusammenfassung. 27

LITERATUR.

Biermann: Sachenrecht, III. Auflage Berlin 1904.

Bruck: Eigentümerhypothek. 2. Heft des 10. Bandes der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Jena 1903.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 2. 7/8. Auflage, Jena 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Band Tübingen 1905, 4. Band Tübingen 1908.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reiches. 4. Auflage 1908.

Eckhardt: Forderungspapiere in der Hand des Ausstellers und Eigentümergrundpfandrechte. ZHR. Bd. 89 S. 260 ff.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB., Bd. 2. 1. u. 2. Auflage Berlin 1904.

Englaender: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft. Berlin 1914.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1. Abtlg. Allgemeiner Teil (Enneccerus) 11. Bearb. Marburg 1926.

2. Abtlg. Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus) 10. Bearb. 1927.

2. Bd. 1. Abtlg. Sachenrecht (Mart. Wolff) 7. Bearb. 1927.

2. Abtlg. Familienrecht (Kipp-Wolff) 5. Bearb. 1925.

Fischer-Henle: BGB. Handausgabe. 13. Auflage München 1927.

Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht. Bd. I, Berlin 1902, Bd. II, 2. Aufl. 1913.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. II. Bd. Sachenrecht. Leipzig 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II Sachenrecht 1912, Bd. III Familienrecht 1921.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl., Berlin 1925.

Hedemann: Sachenrecht. Berlin-Leipzig 1924.

Henle: Allgem. Teil. Berlin 1926.

Hirschfeld: Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. 1914.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 5. Aufl. Berlin 1915.

Joerges: Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach Deutschem Reichsrecht, ZHR. Bd. 49 S. 140 ff.

Kattausch: Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. (Diss.) Gießen 1911.

Kohler: Familienrecht, 3. Bd., 1. Teil des Lehrb. des Bürgerl. Rechts. Berlin 1915.

Kolligs: Die juristische Struktur des Selbstkontrahierens. (Diss.) Göttingen 1929.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Bd., 2. Aufl. Berlin 1903.

Meier-Reis: Das Familien- und Vormundschaftsrecht von O. Haidlen. 4. Aufl. Stuttgart 1907.

Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Buch, Sachenrecht Berlin 1901.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Neudegger: Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht in Arch. Bürg.R. Bd. 34 S. 41 ff.

Nussbaum: Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens. Tübingen, 2. Aufl. 1921.

Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis in Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 306 ff.
Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. Berlin 1909.

Opet-v. Blume: Das Familienrecht. Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. III Sachenrecht 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1920, Bd. IV Familienrecht 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.

Predari: Die Grundbuchordnung. 2. Aufl. Berlin 1913.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. 3 u. 4. Berlin-Leipzig 1928.

Rosenberg: Sachenrecht. 1. Halbbd. München 1919.

Rosenthal: Das Gesamthandsprinzip und seine Anwendung im Recht der ehelichen allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft des BGB (Diss.) Greifswald 1926.

Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. 1. Bd. Leipzig 1914.
Soergel: BGB. Bd. II. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. III, 1. Teil Sachenrecht, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926; Bd. IV Familienrecht 9. Aufl. 1926.
v. Thur: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II,1. München-Leipzig 1914.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Bd. II. 2. Aufl., Tübingen 1930.
Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des BGB. Berlin 1904.
Windscheid, Werner: Über das Sondervermögen (Diss.) Hamburg 1927.

„Das Recht", Rundschau für den dtsch. Juristenstand.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt (RJA.).
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR.)
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (GruchBeitr.).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Berlin (KG.).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Jena (Iher. Jahrb.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass-Lothringen (Els.Loth.Z.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).
Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts München (Bayr.ObLG.).
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. (Seuff.A.).
Zeitschrift für das Notariat. Herausgegeben von dem Verein für das Notariat in Rheinpreußen, Köln (RheinNotZ.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (Z.Bl.FG.).

I.

EINLEITUNG.

Ehe in die Erörterung des Themas eingetreten wird, seien einige Fälle aufgeführt, in welchen die Frage der Zulässigkeit der Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Ehegatten praktisch wird.

Eine Ehefrau, welche ihrem Manne zu irgend einem Zweck ein Darlehn gegeben hatte und welche in Gütergemeinschaft lebt, möchte für ihre Forderung hypothekarische Sicherheit an einem Gesamtgutsgegenstand haben. Oder eine in Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau möchte hypothekarische Sicherheit an einem Gesamtgutsgrundstück für Eingebrachtes (näher beschriebenes) Gut haben. [1]) Oder eine Ehefrau hat gegen ihren Ehemann irgendwelche sonstigen Ersatzansprüche, für welche sie eine Sicherungshypothek an einem gemeinschaftlichen Grundstück für sich eintragen lassen will.[2]) Ist in allen diesen Fällen die Möglichkeit gegeben, für den einen Ehegatten eine Hypothek an einem Grundstück zu bestellen, welches zum Gesamtgut einer Gütergemeinschaft gehört?

Ebenso wird die Frage zu behandeln sein, ob ein Ehegatte ein sonstiges beschränktes dingliches Recht an einem Gesamtgutsgegenstand erwerben kann, also etwa einen Nießbrauch oder ein Mobiliarpfandrecht. Man kann also die Frage ganz allgemein wie folgt formulieren: Kann ein Gegenstand des Gesamtguts der Gütergemeinschaft zugunsten des einzelnen Ehegatten dinglich belastet werden?

Dem BGB. sind drei Formen der ehelichen Gütergemeinschaft bekannt: die Allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft und die Fahrnisgemeinschaft. [3]) Die umfassendste ist die Allgemeine Gütergemeinschaft, bei ihr sind die allgemeinen

[1]) OLG. 15/410 Sttgt. v. 21. 3. 07.
[2]) KG. in OLG. 8/119 = KG. 26 A. 130 v. 16. 2. 03.
[3]) §§ 1437 ff., 1519 ff., 1549 ff., BGB. über die fortges. Gütergem. siehe Anm. 104 f.

Grundzüge am weitgehendsten geregelt, welche in der Hauptsache auch für die beiden anderen Gütergemeinschaften gelten. [4])

Wenn sich auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft einige Abweichungen gegenüber der Allgemeinen Gütergemeinschaft hinsichtlich des Umfanges der Schuldenhaftung ergeben, so gelten doch bei allen drei ehelichen Gütergemeinschaften dieselben sich aus dem Prinzip der gesamten Hand ergebenden Grundsätze für das Gesamtgut, mag es auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft andersartig zusammengesetzt sein. Ein Gesamtgut gibt es bei allen drei Gütergemeinschaftsformen, und dieses Gesamtgut stellt jedesmal das gemeinschaftliche Vermögen der beiden Ehegatten dar. Es können deshalb die einzelnen Abweichungen bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben. Wir heben aus diesem Grunde nur die Allgemeine Gütergemeinschaft für die Erörterung unseres Themas heraus.

II.
HAUPTTEIL.

A) Wesen der Gütergemeinschaft, Gesamtgut.

Zunächst ist auf das Wesen der Allgemeinen Gütergemeinschaft näher einzugehen, insbesondere auf die Bedeutung des Gesamtguts.

Der Güterstand der Allgemeinen Gütergemeinschaft, der vor 1900 in vielen Teilen Deutschlands als gesetzlicher Güterstand galt, kann nach dem BGB. nur noch auf Grund eines Ehevertrages vereinbart werden, [5]) der „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar“ abgeschlossen wird. [6]) Die Eintragung im Güterrechtsregister ist zur Wirksamkeit des Güterstandes nicht erforderlich. [7])

Der Grundgedanke der Allgemeinen Gütergemeinschaft liegt in der völligen Vermögensvereinigung beider Ehegatten, welche

---

[4]) Siehe §§ 1519 Abs. 2, 1549 BGB.
[5]) §§ 1432, 1437 ff. BGB.
[6]) § 1434 BGB.
[7]) Planck § 1435,1.

neben die eheliche Lebensgemeinschaft treten soll. Alles Vermögen, das ein Ehegatte in die Ehe einbringt, sowie alles, was er während der Ehe erwirbt, wird gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten, gleichgültig, ob es in beweglichen Sachen, Grundstücken oder Rechten besteht (§ 1438 Abs. 1 BGB.) [8]) Unter „Vermögen" ist hier, wie sonst im BGB.

„die Gesamtheit der einen wirtschaftlichen Charakter tragenden rechtlichen Beziehungen des Mannes oder der Frau"

zu verstehen und zwar „die Aktivseite und die Passivseite als Totalität gedacht". [9]) Das Gesetz kennzeichnet dieses gemeinschaftliche Vermögen mit dem Ausdruck „Gesamtgut".

Die Gütergemeinschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, [10]) ähnlich wie die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und die Erbengemeinschaft. Für diese drei Gemeinschaftsformen gelten die allgemeinen Grundsätze der „Gesamten Hand", abgesehen von einigen Verschiedenheiten bei den einzelnen Gemeinschaften.

Der Charakter der Allgemeinen Gütergemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand kommt im Gesetz in den Vorschriften der §§ 1438, 1442, BGB. besonders zum Ausdruck: § 1438 regelt die Entstehung und den Umfang des Gesamtguts. Das Vorhandensein eines solchen Gesamtguts ist das eigentliche Kennzeichen einer jeden Gütergemeinschaftsform. Im § 1442 tritt der Gesamthandscharakter der Allgemeinen Gütergemeinschaft dadurch klar hervor, daß jedem Ehegatten allein die Verfügung über seinen Anteil an dem Gesamtgut sowie an den einzelnen Gegenständen versagt ist, und ferner, daß die Ehegatten während des Bestehens der Gütergemeinschaft kein Recht auf Teilung haben.

Die Ehegatten sind die Träger des Gesamtguts in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit. Es entsteht ein deutschrechtliches Miteigentum, [11]) bei welchem die Anteile, im Gegensatz zum romanistischen Miteigentum nach Bruchteilen, während der Dauer der

---

[8]) Vgl. aber dazu Henle, Lehrb. S. 453.
[9]) Opet § 1438, 1 d; Fischer-Henle, Vorb. § 90.
[10]) Literatur: O. v. Gierke S. 388, Kipp-Wolff § 61, Kohler § 41, Cosack § 329, Crome § 420 II, RGR.-Komm. § 1438,1, Joergesi. ZHR. Bd. 49 S. 187 Anm. 152 und S. 173 (Anm. 114), Rosenthal S. 48.
[11]) Vgl. Planck § 1442,1, Staudinger § 1008 III, Hedemann § 8, III, Gierke II S. 377 (§ 122 I), Englaender § 1, RGR.-Kom. § 1438,1, § 1442,1.

Gemeinschaft unbestimmt und durch den Zweck der Gemeinschaft gebunden sind, also als selbständige Vermögensrechte nicht geltend gemacht werden können. Erst bei Beendigung der Gemeinschaft treten Sonderrechte der Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen hervor. Das Gesetz spricht im § 1442 Abs. 1 von dem „Anteil" an dem Gesamtgut bezw. an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Darunter ist jedoch nicht ein „Bruchteil", etwa wie im § 1008 BGB., zu verstehen, sondern „Anteil" heißt hier nur soviel wie gesamthänderische Beteiligung an der ungeteilten Gesamtgutsmasse. Es ist hier nicht näher auf die verschiedenen juristischen Konstruktionen der gesamten Hand und auf die lebhaft bestrittene Frage einzugehen, ob bei der Gesamthand den Einzelnen überhaupt Anteile zustehen oder nicht. [12]) Hier ist lediglich festzustellen, daß bei der Gütergemeinschaft das Recht des Einzelnen am Gesamtgut nicht in einem fest bestimmten Bruchteilsrecht besteht, sondern lediglich in einer Beteiligung an der gemeinsamen Sachherrschaft, ohne daß hierfür während des Bestehens der Gemeinschaft ein rechnerisch bestimmbarer Anteil angegeben werden kann noch darf. [13])

Eigene Rechtspersönlichkeit kommt dem Gesamtgut nicht zu. [14]) Es ist vielmehr ein im gewissen Sinne selbständiges Sondervermögen beider Ehegatten, [15]) welches zu einer ungetrennten, einheitlichen Masse vereinigt ist. Das Subjekt des Gesamtguts ist also eine Personenmehrheit: Die beiden Ehegatten sind die Träger dieses Sondervermögens. [16]) Ebenso wie das Gesellschaftsvermögen der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, das den Zwecken der Gesell-

---

[12]) Im einzelnen ausführlich erörtert bei Rosenthal S. 18 ff., welcher die beiden gegensätzlichen Theorien klar herausschält:
1) Theorie der ungeteilten Mitberechtigung,
2) Theorie der geteilten Mitberechtigung bezw. Theorie der Anteile kraft Personenrechts. Er folgt der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. Vgl. auch Kattausch S. 44 f., A. M.: Englaender § 7 und S. 293.

[13]) Martin Wolff § 88 II, Staudinger R. d. Sch. § 718 II 3, Rosenthal S. 39.

[14]) Kohler § 41 II, RGR.-Kom. a. a. O., Planck § 1438,1 u. 6, OLG. Bd. 15 S. 410.

[15]) Planck § 718,1 u. Vorb. II 3 zu § 705. Staudinger § 718 II 2, RG. Bd. 56 S. 208.

[16]) Vgl. (Diss.) W. Windscheid S. 78 ff., auch v. Thur I S. 81, A. M. Englaender, siehe bei Windscheid Anm. 118.

schaft zu dienen bestimmt ist, stellt das Gesamtgut der Gütergemeinschaft ein in seinem Bestand gebundenes, selbständiges Zweckvermögen dar. [17]) Das Gesamtgut ist dazu bestimmt, während der Dauer der Gütergemeinschaft nicht den Einzelinteressen der Ehegatten, sondern dem Interesse der ehelichen Gemeinschaft zu dienen. [18]) Das kommt im Gesetz zum Ausdruck durch die Vorschrift des § 1458, wonach der eheliche Aufwand dem Gesamtgut zur Last fällt. Hier ist also der Zweck dieses Sondervermögens die Schaffung einer wirtschaftlichen Grundlage für das eheliche Zusammenleben.

Gierke kennzeichnet das Vermögen einer Gesamthandsgemeinschaft als „ungeteilte Sachherrschaft" der Gemeinschafter über das „Sondervermögen als Ganzes" [19]) („gesamthändige Vermögensherrschaft"). Crome zählt die Gütergemeinschaft zu den Gemeinschaften „höherer Art, die sich nicht auf das Eigentum an einzelnen Sachen beschränken, sondern Rechte aller Art umfassen (Vermögensgemeinschaft)". [20])

Das Gesamtgut als solches ist mithin ein Sondergut, [21]) ein Zweckvermögen, welches zwei charakteristische Merkmale aufweist: Einerseits ist es durch den Zweck gebunden und andererseits ist es doch kein selbständiges Rechtssubjekt im Sinne einer juristischen Person, [22]) da es den Ehegatten zur gesamten Hand gehört. Man kann also ein solches Gesamthandsvermögen gewissermaßen als eine Mittelstufe bezeichnen zwischen einer juristischen Person (Verein oder Stiftung), welche für sich eine eigene Rechtspersönlichkeit darstellt, und einem vereinigten Vermögenskomplex mehrerer Einzelpersonen. [23]) Die Ehegatten in ihrer gesamthänderischen Gemeinschaft sind Subjekt dieses gemeinschaftlichen, ungeteilten Sondervermögens. [24]) Die Ehegatten „gehören zusammen", sie sind „jeder am Ganzen beteiligt, an das Ganze gebunden". [25])

---

[17]) Staudinger Vorbem. II,1 zu § 705 BGB.
[18]) Rosenthal S. 56 ff.
[19]) Gierke S. 389, 392.
[20]) Crome § 420 II,1.
[21]) Vgl. Staudinger § 718 II,2; RG. 56/208.
[22]) RG. a. a. O. S. 209.
[23]) Vgl. Staudinger § 718 II,2.
[24]) Vgl. (Diss.) W. Windscheid S. 79 ff. und Anm. 118.
[25]) Hedemann § 8 III.

Der Erwerb für das Gesamtgut vollzieht sich kraft Gesetzes: [26]) „Die Gegenstände werden gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß es ohne Bedeutung ist, ob ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten auf den Namen der Gütergemeinschaft oder nur auf den Namen eines der Ehegatten abgeschlossen wird. [27]) Dies gilt auch für den Erwerb von Rechten, die im Grundbuch eingetragen werden. Der Rechtsvorgang bei Erwerbungen während der Gütergemeinschaft ist folgender: Zunächst erwirbt der Ehegatte, in dessen Person „die Erwerbstatsache vorliegt", [28]) aber im gleichen Augenblick tritt die Gesamthand in den Erwerb infolge der Gesamtnachfolge (Universalsuccession) ein; der Erwerb wird also sofort auch Gesamtgut. [29]) Das in der Person des einen Ehegatten entstandene Recht wandelt sich im Augenblick seiner Entstehung gleichzeitig in ein gütergemeinschaftliches Recht um. [30]) Hierbei ist der handelnde Ehegatte nicht Vertreter der gesamten Hand, [31]) sondern der Erwerb vollzieht sich ipso iure durch die Person des erwerbenden Ehegatten hindurch für das Gesamtgut. Genau genommen erwirbt der Ehegatte als Einzelner für sich und die Ehegatten zur gesamten Hand erwerben als seine Rechtsnachfolger. Dabei fällt allerdings der Erwerb des Einzelnen und die Rechtsnachfolge der gesamten Hand zeitlich zusammen. [32]) Selbst bei Rechten, welche im Grundbuch eingetragen werden, kann jeder Ehegatte für sich erwerben und das Recht auf seinen Namen im Grundbuch eintragen lassen. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung nicht ablehnen, wenn ihm auch bekannt ist, daß die Ehe-

---

[26]) § 1438 Abs. 2 BGB.
[27]) Soergel § 1438,2; RGR.-Kom. § 1438.5; Warneyer § 1438 II; Opet § 1438,2 u. 3; Planck § 1438.2 b. Staudinger § 1438 III; RG. 84/73; Rosenthal S. 52; Kattausch S. 88.
[28]) Planck § 1438,3 und 4; RGR.-Kom. § 1438,6.
[29]) Crome § 585,3a Anm. 25; Warneyer § 1438,II; Opet § 1438,2; Kipp-Wolff § 60 II,1; Kohler § 45 I und III.
[30]) RG. in RJA. Bd. 13 S. 283.
[31]) Kipp-Wolff § 60 II,2; Kattausch a. a. O. und die oben zit. Schriftsteller.
[32]) Kipp-Wolff S. 225; Rosenthal S. 52.

gatten in Gütergemeinschaft leben. [33]) Wird in einem solchen Falle der eine Ehegatte allein im Grundbuch als Berechtigter eingetragen, so ist das Grundbuch unrichtig, und dem anderen Ehegatten steht der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 1438 Abs. 3 zu. [34])

Ein weiteres Charakteristikum einer solchen Gemeinschaft zur gesamten Hand ist die scharfe Trennung zwischen dem gemeinschaftlichen Vermögen (Sondervermögen der Gesamthand) [35]) und dem Privatvermögen der einzelnen Gemeinschafter. [36]) So fließt z. B. das Gesellschaftsvermögen bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, [37]) obwohl es den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört, nicht mit deren sonstigen Vermögen — ihrem Privatvermögen — zusammen. Dies ist ein

> „Teil des Gesamtvermögens der Gesellschafter, bleibt aber wegen seiner Widmung für die Gesellschaftszwecke und wegen seiner Bindung durch die gesamte Hand von ihrem Privatvermögen getrennt". [38])

Es stehen sich also verschiedene Vermögensmassen gegenüber. Die Beteiligung an dem Sondervermögen fällt nicht in das Privatvermögen des Gesamthänders.

So gibt es auch bei der Gütergemeinschaft Vermögensmassen der einzelnen Ehegatten, welche von dem Gesamtgut getrennt sind. Das Gesetz sieht ein Sondergut und ein Vorbehaltsgut eines jeden Ehegatten vor. [39]) Diese Gütermassen sind von dem Gesamtgut ausgeschlossen, sie stellen gewissermaßen ein Privatvermögen

---

[33]) Bay.OLG. i. RJA. 4/108, RJA. 7/55; RG. i. RJA. 13/283; ZBlFG. 8/359 Nr. 423 und gegen die ältere Rspr. des KG. (KG. 29/179, 40/153) RG. 84/71, KG. 53/151; Soergel § 1438,2; Planck § 1438,9; Rosenthal S. 53; vgl. auch KG. in OLG. 41/29, BayOLG. 14/243.

[34]) §§ 894—896 BGB., § 48 GBO.: Planck § 1438,13; § 1435,12; Staudinger § 1438,3; § 1435,7; Kohler § 45 III.1.

[35]) Wie: Gesellsch.-Vermögen § 718, Gesamtgut § 1438, Nachlaß bis zur Auseinandersetzung § 2032 BGB.

[36]) OLG. 8/121; Crome § 585 Anm. 26, § 420 II,1; W. Windscheid S. 81, 82.

[37]) § 718 BGB. und vgl. f. d. Erbengem. § 2032 ff., insbes. §§ 2038, 2039, 2040 Abs. 2; Fischer-Henle § 2032 Anm. 1.

[38]) Vgl. Cosack § 276,3; auch Planck § 719,1; RG. 56/206 ff. (S. 211).

[39]) Ihre Entstehung und ihr Umfang siehe §§ 1439, 1440 f. BGB.

(Allgemeines Vermögen) [40]) des einzelnen Ehegatten dar, ähnlich dem Privatvermögen der Gesellschafter bezw. der einzelnen Erben. Das Sondergut ist unübertragbar, das Vorbehaltsgut des Ehegatten steht ihm jedoch zu seiner völlig freien Verfügung. Das Vorbehaltsgut des Mannes ist sein freies Vermögen, er kann ungeachtet der Gütergemeinschaft frei darüber verfügen. Für das Vorbehaltsgut der Frau finden die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. [41]) Bei diesem Güterstand sind die Ehegatten vermögensrechtlich von einander unabhängig. Ihr Vermögen ist wie das von Nichtverheirateten anzusehen. [42]) Das Vorbehaltsgut der Frau steht also auch zu ihrer freien Verfügung, sie hat nicht nur Alleineigentum daran, sondern auch völlig freie Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis darüber, ohne Mitwirkung des Ehemannes. [43]) Im Grundbuch wird die Vorbehaltsgutseigenschaft nicht eingetragen. [44])

Es besteht also zwischen dem Gesamtgut und dem Vorbehaltsgut jedes Ehegatten eine scharfe Trennung, das Vorbehaltsgut kann mithin auch gegen das Gesamtgut eine Forderung erlangen und umgekehrt.

B) Findet § 1009 BGB. auf die Gütergemeinschaft Anwendung?

Nach diesen allgemeinen Betrachtungen kommen wir zu der Frage der Zulässigkeit der Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Ehegatten.

Unter Belastung versteht man die Bestellung irgend eines beschränkten dinglichen Rechts an einer Sache, sei es an einer beweglichen Sache, einem Grundstück oder an einem Recht. [45]) Das BGB. kennt nur einen „numerus clausus" von beschränkten dinglichen Rechten; wir greifen hier die Belastung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks mit einer Hypothek zugunsten eines Ehe-

[40]) Hierzu Windscheid S. 29, 82.
[41]) § 1441 BGB.
[42]) Fischer-Henle § 1426 Anm. 3; Planck § 1440 Anm. 7.
[43]) Planck Vorbem. 2 zu § 1438, § 1440,7; Fischer-Henle §§ 1441,1, 1371,1; KG. 38/A 211; RJA. 4/261.
[44]) Planck § 1440,8; a. A.: Staudinger zu § 1441.
[45]) Martin Wolff § 2 II—VI.

gatten besonders heraus, einerseits, weil dieser Fall, wie die oben zitierten Fälle zeigen, schon mehrmals praktisch geworden ist, und andererseits, weil das Problem an der Hand dieses Beispiels unseres Erachtens am klarsten seine Lösung findet. Kehren wir also zu einem der anfangs aufgezählten praktischen Fälle zurück: Der Ehemann bestellt für seine Frau eine Hypothek an einem Gesamtgutsgrundstück. Kann eine solche Belastung wirksam sein?

Nach § 1445 BGB. bedarf der Ehemann zu einer Verfügung über Gesamtgutsgrundstücke der Einwilligung der Ehefrau. Die Bestellung einer Hypothek ist eine solche Verfügung. [46]) Hier wäre aber die stillschweigende Einwilligung darin zu erblicken, daß die Hypothek für die Frau selbst bestellt werden sollte. [47]) Die Einwilligung der Frau wäre also in dieser Weise wirksam, denn sie bedarf nicht etwa der für die Bestellung der Hypothek erforderlichen Form. [48]) Die Ehefrau ist in diesem Fall mit der Belastung des gütergemeinschaftlichen Grundstücks zu ihren Gunsten einverstanden. Ist nun aber die Bestellung einer solchen Hypothek überhaupt möglich?

Die Belastung eines Bruchteils einer zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörenden Sache ist unmöglich, [49]) da, wie wir eben gesehen haben, den Ehegatten keine bestimmten Bruchteile an den Gegenständen des Gesamtguts zustehen. Eine solche Belastung ist nur bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen zulässig. So kann zum Beispiel ein Bruchteil eines Grundstücks mit einer Hypothek bezw. einer Reallast nur dann belastet werden, wenn der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. [50])

Bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen ist die Belastung der gemeinschaftlichen Sache aber auch im ganzen zugunsten eines Miteigentümers zugelassen. [51]) Bei dieser Gemeinschaftsform steht, im Gegensatz zur gesamten Hand, dem Einzelnen ein fest bestimm-

---

[46]) Kipp-Wolff § 62 VI 2; Eck-Leonhard S. 440 b; Planck § 1445.3; Crome § 585 II, 1b; Staudinger § 1445, II, 1, b; Opet § 1445,5; RGR.-Kom. § 1445,4; RG. 54/282 ff.

[47]) RGR.-Komm. § 1445,1 und 2.

[48]) Planck § 1445,16.

[49]) Vgl. RG. 88/26 (Erbengemeinschaft); OLG. 7/354; Planck § 1442,2 und 3.

[50]) Vgl. die §§ 1114 (Hyp.), 1106 (Reallast), auch § 1258 (Pfandr.) und § 1066 (Nießbrauch) BGB.

[51]) § 1009 BGB.

ter, frei verfügbarer Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen zu. [52]) Die Trennung zwischen dem gemeinschaftlichen Vermögen und dem Privatvermögen des einzelnen Gemeinschafters ist hier nicht durchgeführt. Hier gehört der Anteil an dem Gesamtvermögen zu dem Vermögen des Einzelnen. § 1009 BGB. gestattet nun eine derartige Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers. Die Protokolle [53]) überließen die juristische Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses der Wissenschaft. In der Literatur ist es deshalb streitig, [54]) ob dieser § 1009 BGB. eine Ausnahme vom Verbot des sog. „Insichgeschäfts" darstellt. Die überwiegende Meinung [55]) bezeichnet den Fall des § 1009 BGB. als eine Ausnahme von § 181 BGB. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Miteigentümer dabei gar nicht als Vertreter auftritt. Bei dem § 181 BGB. ist nur die Rede von einem Vertreter. Der Miteigentümer ist aber überhaupt nicht Stellvertreter, wenn er mit der Gemeinschaft in dieser Weise kontrahiert. Mithin handelt es sich bei dem § 1009 BGB. gar nicht um einen Fall des § 181. [56]) Die Zulässigkeit des Rechtsverkehrs zwischen der Gemeinschaft und dem einzelnen Gemeinschafter begründet sich vielmehr in der Doppelstellung des Miteigentümers, er handelt einerseits als Einzelner und andererseits als Genosse der Gemeinschaft. [57])

Der Streit ist allerdings nur theoretischer Natur, der § 1009 BGB will alle etwaigen Zweifel aus dem Wesen eines solchen Vertrages abschneiden und läßt deshalb ausdrücklich eine derartige Belastung der gemeinschaftlichen Sache zu. [58]) Nach § 1009 ist es also bei dem Miteigentum nach Bruchteilen möglich, für einen Miteigentümer

---

[52]) § 742 BGB.
[53]) Protokolle III S. 275.
[54]) Vgl. Predari § 19 Anm. 37 e.
[55]) Staudinger § 1009,5; Soergel § 1009.1; Warneyer § 1009,1; Turnau-Förster § 1009.1; Güthe-Triebel S. 1797, 1b u. S. 1983; Biermann § 1009,1c; Fischer-Henle § 1009.2; Willenbücher § 1009 Anm.; RG. 47/209.
[56]) Wie im Text: Motive III, 439; Planck § 1009.1; Crome § 421,16; Meisner § 1008—1011 Anm. 3: Kuhlenbeck S. 145 Bem. 1; Goldmann-Lilienthal II § 54 Anm. 3; Englaender S. 163 Anm. 299; Neudegger in ArchBürgR. 34/68; Kolligs (Diss.) § 3 I, S. 11.
[57]) KG. v. 16. 2. 03 in OLG. 8/119 = KG. 26 A 130 = RheinNotZ. 48/82.
[58]) Vgl. Mot. III, 438 ff., Prot. III, 275.

eine Hypothek an einem gemeinschaftlichen Grundstück zu bestellen und zwar ist diese Belastung dann in ihrem ganzen Umfang Hypothek und nicht zu dem dem Anteil des berechtigten Miteigentümers entsprechenden Teil Grundschuld; die Vorschriften der §§ 1177. 1197 BGB. finden für eine solche Hypothek keine Anwendung. [59])

Nun ist aber an und für sich die Vorschrift des § 1009 BGB. nur für das Miteigentum nach Bruchteilen getroffen und nicht für das Miteigentum zur gesamten Hand. Es wird deshalb auch die Ansicht in der Literatur vertreten, daß die Belastung einer zum Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft gehörenden Sache zugunsten eines Ehegatten deshalb ausgeschlossen sein müsse, weil eine ausdrückliche Vorschrift für die Gemeinschaften zur gesamten Hand fehle, und daß auch § 1009 BGB. einer entsprechenden Anwendung nicht fähig sei, da er eine Ausnahmevorschrift darstelle. [60])

Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß vielmehr gerade bei der gesamten Hand eine derartige Belastung zulässig sein muß. Das ergibt sich schon aus dem Wesen der gesamten Hand selbst. [61]) Wie wir oben gesehen haben, besitzt das Gesamtgut eine gewisse Selbständigkeit, es ist der Einwirkung der einzelnen Gemeinschafter entzogen und es unterliegt einer gesonderten Verwaltung, es kann also, wenn es auch nicht Rechtspersönlichkeit besitzt, „seinem Wesen nach eigene Rechte und Pflichten" haben. [62]) Es können deshalb auch die einzelnen Gütermassen bei der Gütergemeinschaft in den verschiedensten dinglichen wie schuldrechtlichen Beziehungen zueinander stehen. [63]) Aus dieser gesonderten Stellung des Gesamtguts dem Privatvermögen der Gemeinschafter gegenüber folgt, daß bezüglich des Gesamtguts mit dem einzelnen Gesamthänder

---

[59]) Vgl. Biermann § 1009, 1a; Staudinger § 1009, 1a; Güthe-Triebel S. 1797; Planck § 1009, 1 Abs. 4; Oberneck I S. 551; BayOLG. 3/708 ff. = Seuff.Arch. 58/406: Recht 02/533; Seuff.Arch. 58 Nr. 214; a. A.: M. Wolff § 145, IV a. E. und Seuff.Arch. 56 Nr. 151.

[60]) So: Meier-Reis § 37 Anm. 32, auch Crome § 421 Anm. 11; OLG. 7/354.

[61]) Planck § 1009, 3; Joerges a. a. O. S. 63; Biermann § 1009,4; Turnau-Förster § 1009,2, § 1113,5; Predari § 48 Anm. 10; Warneyer § 1009,5; Soergel § 1442,1.

[62]) Vgl. KG. 26 A 130 = OLG. 8/ 119, OLG. (Stuttgart) 15/410.

[63]) Planck § 1438,6; W. Windscheid S. 28, 81 f.; vgl. auch die §§ 1466, 1467 BGB.

ein Rechtsverkehr wie mit einem Dritten stattfinden kann. [64]) Der Einzelne kann also zum Beispiel eine Forderung gegen das Gesamtgut haben und sich zur Sicherung derselben eine Hypothek an einem gemeinschaftlichen Grundstück bestellen lassen. [65])

Bei den Gesamthandsgemeinschaften war deshalb die Aufnahme einer dem § 1009 BGB. entsprechenden Vorschrift entbehrlich. Bei dem Miteigentum nach Bruchteilen, wo die Trennung der verschiedenen Vermögensmassen nicht durchgeführet ist, war eine ausdrückliche Regelung erforderlich; darin liegt sogar eine gewisse Annäherung an die deutschrechtliche Gesamthand. [66]) Eine analoge Anwendung des § 1009 BGB. für die Gesamthandsgemeinschaften, welche viele für geboten halten, ist nicht nötig, [67]) denn die Zulässigkeit der Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Gesamthänders ergibt sich unmittelbar aus dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand, insbesondere aus der durchgeführten Trennung der verschiedenen Vermögensmassen.

C) Ausscheidung des Rechts aus dem Gesamtgut.

Nun muß aber bei einer derartigen Belastung von Gesamtgut zugunsten eines Ehegatten eine wichtige Einschränkung gemacht werden.

Wir haben eben gesehen, daß aus dem Gedanken der gesonderten Stellung der verschiedenen vorhandenen Vermögensmassen ein Rechtsverkehr des einzelnen Ehegatten mit der Gesamthand möglich und somit eine Belastung von Gesamtgutsgegenständen zu seinen Gunsten zulässig sein konnte. Wir unterschieden zwischen Gesamtgut und Privatvermögen des einzelnen Gesamthänders. Bei

---

[64]) KG. a. a. O.; Englaender § 9 Anm. 299 (S. 163); Rosenthal S. 59.

[65]) Soergel § 1009,1; Predari § 8 Nr. 4; Oberneck II S. 544/545; Fuchs-Arnheim S. 368 Anm. 25; Goldmann-Lilienthal II S. 377 Anm. 8; OLG. (Colmar) in Els.Loth.Z. 10/159.

[66]) Gierke II S. 384 ff.; M. Wolff § 88 I,2; Staudinger § 1009, 1b.

[67]) Eine Analogie halten für geboten: Staudinger § 1009,5; Neudegger a. a. O. S. 69; Güthe-Triebel S. 1799 u. a. m.

der Allgemeinen Gütergemeinschaft ist das Sondergut und das Vorbehaltsgut der einzelnen Ehegatten von dem Gesamtgut ausgeschlossen. [68])

Nur bezüglich dieser Gütermassen kann deshalb der einzelne Ehegatte mit der Gesamthand in Rechtsverkehr treten wie ein Außenstehender. Ebenso wie ein einzelner Gesellschafter Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft vornehmen kann, weil auch dort das Gesellschaftsvermögen von dem Privatvermögen des Gesellschafters völlig getrennt bleibt. [69]) Dadurch erklärt es sich, daß bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand die einzelnen Gesamthänder Pfandrechte, Dienstbarkeiten usw. an Gesamthandsgrundstücken erwerben können, sowie daß ein Pfandrecht, welches an einem gemeinschaftlichen Grundstück zugunsten eines Gesamthänders bestellt wird, „weder ganz noch anteilig als Eigentümerpfandrecht gilt", „gleich als ob diese Grundstücke ihnen völlig fremd seien". [70]) Wenn also ein Ehegatte an einem zum Gesamtgut der Allgemeinen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstück eine Hypothek erwerben will, so muß das Recht in seiner Hand aus dem Gesamtgut ausgeschieden werden. Er muß also das Recht in ehevertraglicher Form zu seinem Vorbehaltsgut machen. Nur dann kann er an der gemeinschaftlichen Sache ein beschränktes dingliches Recht erwerben. Findet diese Ausscheidung nicht statt, sollte also das Recht durch die Person des erwerbenden Ehegatten hindurch wiederum in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fallen, dann ist eine solche Belastung zugunsten des einen Ehegatten nichtig. Denn dieser handelte in diesem Fall auch nur für das Gesamtgut, und eine Scheidung von verschiedenen Vermögensmassen, welche Voraussetzung zu einem solchen Rechtsverkehr ist, liegt dann nicht vor. Nur bei einer besonderen Ausscheidung des Rechts aus dem Gesamtgut kann das beschränkte dingliche Recht an dem Gesamtgutsgegenstand für einen Ehegatten entstehen.

Planck hebt in seinem Kommentar [71]) diese Einschränkung

---

[68]) §§ 1439, 1440 BGB.; bei der Errungenschaftsgemeinschaft: Eingebr. Gut. § 1520 (§ 1525), Vorb.-Gut § 1526 BGB.; dazu Fischer-Henle § 1519 Anm. 2; b. d. Fahrnisgem.: Eingebr. Gut, Vorbehaltsgut §§ 1550 ff.

[69]) Vgl. Planck Vorbem. II,3 zu § 705.

[70]) Cosack II § 276, 3b.

[71]) Planck § 1438,6, § 1442,3; vgl. auch KG. vom 16. 4. 1914 in RJA. 14/81 f.

zwar kurz, aber klar hervor, während die übrigen Schriftsteller, die sich mit dieser Frage befassen, nicht auf diese Besonderheit hinweisen. Bei Planck heißt es: Es könne bei der Allgemeinen Gütergemeinschaft ein Ehegatte ein beschränktes dingliches Recht an den Gesamtgutsgegenständen nur dann erwerben, wenn dieses Recht aus dem Gesamtgut ausgeschieden würde, also zu seinem Vorbehaltsgut oder Sondergut gehöre. So sei zum Beispiel die Bestellung eines Nießbrauchs für einen Ehegatten an einem gemeinschaftlichen Gegenstand deshalb zulässig, weil der Nießbrauch als unübertragbares Recht ins Sondergut des Ehegatten falle. Ebenso könne sich die Ehefrau zur Sicherung ihrer Forderung aus einem von ihr dem Ehemann gegebenen Darlehen dann eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstück bestellen lassen, wenn die Hypothek durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärt würde. [72])

Nur mit einer solchen Ausscheidung aus dem Gesamtgut kann in den anfangs zitierten Fällen ein Ehegatte ein beschränktes dingliches Recht an einem Gesamtgutsgegenstand erwerben. Nur insoweit kann also zum Beispiel eine Hypothekenbestellung an einem gemeinschaftlichen Grundstück zugunsten der Ehefrau wirksam sein; ohne diese besondere Abtrennung von dem Gesamtgut ist der Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechtes an einem zu dem Gesamtgut gehörenden Gegenstand für den einzelnen Ehegatten ausgeschlossen. [73])

Denn, wird der Erwerb nicht durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärt, bezw. fällt er nicht als unübertragbares Recht von selbst ins Sondergut, dann müßte er durch den erwerbenden Ehegatten hindurch kraft Gesetzes wiederum Gesamtgut werden. [74]) Das ist jedoch in diesen Fällen nicht möglich aus folgenden Gründen:

Voraussetzung für die Entstehung von Gesamtgut ist der vollendete Erwerb des einen Ehegatten. [75]) Hieran fehlt es in den Fällen, wo der eine Ehegatte oder beide Ehegatten gemeinsam für

---

[72]) § 1440 BGB.; ein weiterer Fall in OLG. 15/410 (Stuttgart v. 21. 3. 07.), wo die Hypothek zur Sicherung des Eingebr. Guts der Ehefrau bei Errungenschafts-Gem. bestellt wurde, also auch aus dem Gesamtgut ausgeschieden wurde (§ 1520 f., § 1525, Abs. 2 BGB.).

[73]) KG. in RJA. a. a. O.; Planck § 1438,6; Predari § 48, 10.

[74]) § 1438 BGB.

[75]) Vgl. KG. in RJA. a. a. O. S. 82; Kohler § 45 II,1; Kipp-Wolff § 60 II,2.

den einzelnen anderen Ehegatten ein beschränktes dingliches Recht an einem Gesamtgutsgegenstand bestellen. Hier liegt nicht der Erwerb von einem beliebigen Dritten vor, der über den einen Ehegatten hinweg kraft Gesetzes ins Gesamtgut fallen würde, sondern dem erwerbenden Ehegatten tritt die gesamte Hand als solche gegenüber. Und von ihr kann der einzelne Ehegatte nicht etwas erwerben, was wieder Gesamtgut wird. Das wäre ein Widerspruch in sich. Ohne Ausscheidung des Rechts in der Hand des erwerbenden Ehegatten ist ein solcher Erwerb unmöglich. Sonst kann der einzelne Ehegatte als gesondertes Rechtssubjekt keine beschränkten dinglichen Rechte an Gesamtgutsgegenständen erwerben.

Wenn ein bisher zum Gesamtgut gehörender Gegenstand auf einen Ehegatten allein übertragen werden soll, dann bedarf es jedesmal einer Ausscheidung aus dem Gesamtgut. [76]) Während der Ehe kann eine solche nur in der Weise erfolgen, daß das zu erwerbende Recht durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt wird. Ein solcher Ehevertrag bedarf aber zu seiner Wirksamkeit jedesmal der gerichtlichen oder notariellen Form. [77]) Außerdem ist bei jeder Umwandlung von Gesamtgut in Vorbehaltsgut eine Übertragung von dem Ehepaar (der Gesamthand) auf den einzelnen Ehegatten nötig [78]) (Auflassung etc.). So müßte also in den oben zitierten Fällen jedesmal die Hypothek (bezw. eine Grundschuld), welche sich die Ehefrau an dem Gesamtgutsgrundstück bestellen läßt, durch gerichtlichen oder notariellen Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt werden. Nur in dieser Weise kann ein Ehegatte allein dingliche Sicherheit an einem Gesamtgutsgegenstand erlangen.

Im Folgeneden soll nun noch näher untersucht werden, warum in den Fällen, in denen das zu erwerbende Recht in der Hand des einen Ehegatten n i c h t besonders ausgeschieden wird, ein Rechtserwerb überhaupt nicht stattfinden kann.

Dies mag wieder an unserem Beispiel näher erläutert werden: Der Ehemann bestellt mit Zustimmung seiner Ehefrau an einem Gesamtgutsgrundstück eine Hypothek für seine Ehefrau, ohne daß

---

[76]) Vgl. RJA. a. a. O.
[77]) § 1434 BGB.
[78]) Vgl. K i p p - W o l f f § 60 Anm. 14; § 61 III; OLG. 12/312.

diese Hypothek durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärt wird. Wie ist hier die Rechtslage?

Zu jeder dinglichen Belastung einer Sache ist eine Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erforderlich; es muß jedesmal dieser abstrakte dingliche Vertrag zustandekommen. Zu jeder sachenrechtlichen Rechtsänderung ist eine solche Einigung notwendige Voraussetzung. So verlangt § 873 BGB. zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Bestellung sowie zur Uebertragung und zur Belastung beschränkter dinglicher Rechte neben der Grundbucheintragung die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils. Ebenso ist auch bezüglich beweglicher Sachen eine solche Einigung für die Uebertragung des Eigentums, die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts unentbehrlich. [79])

Diese Einigung setzt aber jedesmal das Zusammenwirken von mindestens zwei voneinander verschiedenen Personen voraus. [80]) Das ergibt sich schon rein begrifflich. Staudinger und viele andere [81]) ziehen zur Begründung hierfür auch noch den § 181 BGB. heran. Aus dem Grundgedanken dieser Vorschrift, wonach der Vertreter im Namen des Vertretenen nicht mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vornehmen kann, wenn es sich nicht nur um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt oder ein solcher Rechtsverkehr besonders gestattet ist, ergebe sich die Notwendigkeit der Verschiedenheit der bei der dinglichen Einigung beteiligten Personen. Nach unserer Ansicht ist an dieser Stelle der Hinweis auf den § 181 BGB. nicht angängig, insbesondere weil bei dieser Vorschrift grade die Ausnahmen die Regel bestätigen. Im juristischen Sinne „Einigsein" können immer nur wenigstens zwei voneinander verschiedene Personen, deshalb muß

> „die vom Passivbeteiligten . . . mit sich selbst als Aktivbeteiligten erklärte Einigung"

unzulässig sein. [82]) Kehren wir zu unserem Beispiel zurück: Hier

---

[79]) §§ 929, 1032, 1205, (1260) BGB.

[80]) Planck § 873 I,3; Bruck S. 97 Anm. 5; Predari S. 324; Goldmann-Lilienthal § 33 I,2, § 37 Anm. 21; v. Thur II,1 S. 80 Anm. 113; KG. 20 A 294, 40 A 244; vgl. auch Regelsberger Iher.Jahrb. 58/157 f., 162.

[81]) RGR.-Komm. § 873, 7a RG. 89/373; Staudinger § 873, B 1; Seuff.Arch. 56 Nr. 151; JW. 01/101 ff; RJA. 1/167; KG 40 A 244; RG. 47/209; Fischer-Henle § 873,8; Planck § 873, III 1e.

[82]) RGR.-Komm. § 873 Anm. 7a.

kann gar keine wirksame Einigung zustandekommen. Der Ehemann handelt bei der Bestellung der Hypothek ohne weiteres, kraft Gesetzes, durch seine Person hindurch für die Gesamthand, für beide Ehegatten gemeinschaftlich, d. h. mit Wirkung für das Gesamtgut, und die Erklärung der Ehefrau äußert in diesem Fall dieselbe Wirkung. Es sind also hier „der Berechtigte" und der „andere Teil" des § 873 BGB. beides Mal dieselben Personen, nämlich letzten Endes die beiden Ehegatten als Miteigentümer zur gesamten Hand. Mithin kann hier von einer wirksamen Einigung verschiedener Personen nicht gesprochen werden. Die Ehefrau kann eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstück also in dieser Weise nicht erwerben, weil eben keine wirksame dingliche Einigung zustandegekommen ist.

Sie kann die Hypothek nur dann erwerben, wenn sie tatsächlich wie ein beliebiger Dritter mit der gesamten Hand in Rechtsverkehr tritt. Das kann aber nur geschehen, wenn sie für ihr von dem Gesamtgut getrenntes Vermögen erwirbt, also für ihr Vorbehaltsgut oder ihr Sondergut. [83]) Das Recht muß also in ehevertraglicher Form zu ihrem Vorbehaltsgut erklärt werden — Sondergut wird die Hypothek als übertragbares Recht nicht —. Wenn das zu erwerbende beschränkte dingliche Recht an der gemeinschaftlichen Sache in der Hand des einen Ehegatten in dieser Weise besonders ausgeschieden wird, dann kann es für ihn zur Entstehung gelangen, aber auch nur dann. Denn in dem Fall ist eine Einigung verschiedener Parteien vorhanden, zwei verschiedene Subjekte wirken dann zusammen: Das Subjekt des Sondervermögens (des Gesamtguts) sind die beiden Ehegatten in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit, als Gesamthänder; demgegenüber steht als Subjekt des Privatvermögens der einzelne Ehegatte, welcher für diesen Vermögenskomplex völlig isoliert von der Gütergemeinschaft dasteht und deshalb wie ein beliebiger Außenstehender mit dem Subjekt des Sondervermögens kontrahieren kann. [84]) Bei der Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts in dieser Weise kann man also von einem wirklichen Zusammenwirken von verschiedenen Rechtssubjekten sprechen, und ein solches Recht kann für den einen Ehegatten entstehen.

---

[83]) Hierzu: Schreiber S. 227; vgl. § 1440 Abs. 2 BGB.; Crome § 585 Anm. 26; OLG. 12/312.

[84]) Vgl. W. Windscheid S. 28, 81/82.

Würde man in dem Falle, bei welchem die Hypothek nicht besonders aus dem Gesamtgut ausgeschieden wird, sie trotzdem zur Entstehung kommen lassen, so würde man damit nichts anderes tun, als eine Hypothekenbestellung am eigenen Grundstück zugunsten des Eigentümers zulassen. Das ist jedoch nicht möglich, eine Hypothekenbestellung zugunsten des Eigentümers des Grundstücks ist unzulässig. [85]) Denn Eigentümer des zu belastenden Grundstücks sind die Ehegatten zur gesamten Hand, und das Recht würde, wenn es überhaupt zur Entstehung gelangte, wiederum den Ehegatten gemeinschaftlich zur gesamten Hand zustehen. Der Eigentümer kann aber von vornherein nicht für sich selbst Hypothek an seinem Grundstück bestellen. [86]) Für die Grundschuld macht das Gesetz eine Ausnahme; hier läßt es eine solche Belastung ausdrücklich zu; [87]) ferner ist, wie wir anfangs gesehen haben, bei dem Miteigentum nach Bruchteilen die Belastung zugunsten eines Miteigentümers besonders gestattet. [88]) Wenn nun auch das Gesetz bei einer nachträglichen Vereinigung eines beschränkten dinglichen Rechts mit dem Eigentum in einer Person das Recht bestehen läßt, [89]) so ergibt sich doch aus dem Wesen der Hypothek als eines Mittels zur Sicherung einer Forderung, daß sie zum Gegensatz zu der von einer persönlichen Forderung unabhängigen Grundschuld nur für einen Dritten, nicht von vornherein für den Eigentümer selbst bestellt werden kann. [90])

Ebenso würde auch jedes andere beschränkte dingliche Recht, zum Beispiel ein Pfandrecht, zu behandeln sein. Werden solche Rechte an gemeinschaftlichen Sachen für den einen Ehegatten bestellt, so müssen sie ebenfalls in der geschilderten Art und Weise aus dem Gesamtgut ausgeschieden werden. Sonst würde es auch hier auf eine Pfandbestellung an eigener Sache herauslaufen, welche, von vornherein, ebenfalls unzulässig ist.

---

[85]) Vgl. v. Thur II, 1 § 80 Anm. 114.
[86]) Staudinger § 889,5; Planck § 889,3; Bruck S. 97 Anm. 5; Schreiber S. 334; Els.Loth.Z. 30/317.
[87]) § 1196 BGB.; vgl. Fischer-Henle § 1196,2; RG. 70/355; RJA. 4/120; M. Wolff § 2, V, 3b.
[88]) § 1009 BGB.
[89]) Vgl. §§ 899, 1063, 1163, 1177, 1256 BGB. (Ausn.: § 1178); Planck § 1009,1, § 873,3; M. Wolff § 2 V 3a/b, § 39 VII; Mot. III, 480.
[90]) Fischer-Henle § 1113,3, § 889,1; KG. 40 A 245, 44 A 294; RJA. 5/78.

Nach dem Standpunkt des BGB. stellt das Nebeneinanderbestehen von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten an der eigenen Sache einen Ausnahmezustand dar, welcher nur dann und insoweit zulässig ist, als ihn das Gesetz durch Einzelbestimmungen besonders gestattet. [91])

Auch aus § 1256 BGB. läßt sich eine derartige Ausnahme für das Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht herleiten, denn hier handelt es sich auch nur wie im § 889 BGB. um ein nachträgliches Zusammentreffen von Recht und Belastung.

Würde in unserem Beispiel die Hypothek ohne die besondere Ausscheidung dennoch im Grundbuch für die Ehefrau eingetragen, so wäre diese Eintragung nichtig, das Grundbuch also unrichtig geworden, da die Hypothek garnicht entstanden ist.

M. Wolff läßt in solchen Fällen, in denen eine Einigung bei der Hypothekenbestellung aus irgend einem Grunde nicht zustandekommt, ein Eigentümergrundpfandrecht entstehen (Eigentümergrundschuld). [92]) Er steht mit seiner Ansicht im Gegensatz zur herrschenden Lehre, [93]) welche in diesen Fällen die Entstehung einer Eigentümergrundschuld ablehnt.

Nach M. Wolff würde in unserem Falle eine Grundschuld für den Eigentümer entstehen, also für die beiden Ehegatten zur gesamten Hand. [94])

Er begründet seine Ansicht folgendermaßen:

> Zur Bestellung einer Fremdhypothek bedürfe es mit gutem Recht einer Einigung. Warum solle aber die Zustimmung eines Fremden zu der Entstehung einer Eigentümergrundschuld erforderlich sein, wenn zum Beispiel bei nichtiger Forderung der Dritte gar kein Recht erwürbe. Die Bestellung einer Eigentümergrundschuld sei auf Grund eines einseitigen Rechtsgeschäfts des Eigentümers zulässig (§ 1196 BGB.). Auf seinen Namen müsse allerdings die Eintragung hierbei lau-

---

[91]) Z. B. § 889 BGB. f. d. Immob.-Recht; Staudinger § 1204 I,1 f.; Warneyer § 1204 III; Seuff.Arch. (Bamberg) 58/124 Nr. 66; anderer Ansicht: DJZ. 1905/597, 1907/76.

[92]) Martin Wolff § 145 I,3.

[93]) Literatur siehe unten Anm. 99.

[94]) Wie M. Wolff: Bruck S. 165 ff.; Fuchs I Anm. 5 vor § 1163; Eckhardt in ZHR. 89/270; ferner gegen die herrsch. Lehre: Oberneck b. Gruch.Beitr. 47/327; Biermann § 1163,6; Dernburg § 221 II,2; Regelsberger i. Iher.Jahrb. 58/172.

ten. Daß aber die Eintragung auf diesen Namen für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld nicht immer erforderlich sei, ginge aus § 1163, Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 und aus § 868 ZPO. hervor. [95]) Wenn also der Eintragungsantrag des Eigentümers eine gültige Willenserklärung enthielte, so entstände auch bei unwirksamer Einigung eine Eigentümergrundschuld. Andere kommen zu diesem Ergebnis auf dem Wege einer Konversion nach § 140 BGB. des Eintragungsantrags. [96])

Der Wortlaut des Gesetzes und die Entstehungsgeschichte sprechen jedoch gegen diese Ansicht. [97]) In der zweiten Kommission wurde ein Antrag abgelehnt, dem Eigentümer das Recht zu geben, anstatt einer nichtigen Hypothek eine andere Hypothek eintragen zu lassen mit der Begründung, daß eine solche Regelung das Prinzip der Eigentümerhypothek überspanne. Das Gesetz läßt nur in ganz bestimmten Fällen ein Eigentümerpfandrecht entstehen; im Gesetz sind diese Fälle erschöpfend aufgezählt, wobei der Fall einer mangelnden Einigung nicht mit aufgenommen ist. [98])Deshalb hält die Praxis und die überwiegende Meinung [99]) daran fest, daß bei einer Hypothekenbestellung ohne wirksame Einigung weder eine Fremdhypothek noch eine Eigentümerhypothek bezw. -Grundschuld entstehen kann.

Für unseren Fall, wo die Hypothek nicht aus dem Gesamtgut ausgeschieden wird und deshalb von einer gültigen Einigung zweier voneinander verschiedener Parteien nicht gesprochen werden kann, kommt auch kein Eigentümergrundpfandrecht zur Entstehung.

Selbst M. Wolff will die Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts an der eigenen Sache nur da zulassen, wo ein rechtliches Interesse an der Entstehung eines solchen Rechts vorliegt. [100]) In unseren praktischen Fällen will aber jedesmal die Ehefrau eine dingliche Sicherheit für ihre Ansprüche erlangen; sie allein

---

[95]) Auf eine Analogie dieses § 868 ZPO. weist besonders Dernburg a. a. O. hin.
[96]) So: Schreiber S. 335; Fuchs I Anm. 5 vor § 1163.
[97]) Vgl. Bruck S. 165; Prot. III S. 603 ff.
[98]) §§ 1163, 1177, 1196 und 1143, 1168—70, 1173, 1182; Nußbaum S. 66.
[99]) Planck § 1163,2; § 873,3; Gierke § 166 A 29; RGR.-Komm. § 1163 A 1, § 1177 A 1; Hirschfeld 133 ff.; RG. 68/101, 70/353, 106/136; OLG. 5/10, 8/143; RJA. 4/120, 5/77 ff.
[100]) M. Wolff § 2 V 3b.

will eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstück haben. Die Ehegatten wollen in diesen Fällen nicht etwa für das Gesamtgut ein Eigentümerpfandrecht an dem gütergemeinschaftlichen Grundstück erwerben. Deshalb kann man auch nicht sagen, die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für einen Anderen enthalte immer stillschweigend die Bewilligung der Eintragung zugunsten des Eigentümers. [101]) Es ist unmöglich, den wahren Willen des Bestellers, ein bestimmtes Recht für einen Anderen zu begründen, auf Grund von § 140 BGB. dahingehend umzudeuten, [102]) daß ein Recht ganz anderer Art für den Erklärenden selbst entstehen solle.

Deshalb ist für unsere Frage in jedem Falle der herrschenden Lehre zu folgen, nach welcher weder eine Fremdhypothek noch eine Eigentümerhypothek bezw. -Grundschuld entstehen kann.

III.

ZUSAMMENFASSUNG.

Das Ergebnis der Untersuchung ist kurz folgendes: Es ist zulässig, daß der einzelne Ehegatte ein beschränktes dingliches Recht an einem Gegenstand des Gesamtguts erwerben kann, allerdings nur unter der besonderen Voraussetzung, daß dieses zu erwerbende Recht in der Hand des einen Ehegatten aus dem Gesamtgut ausgeschlossen wird. Nur in dieser Weise kann die Belastung von Gesamtgut zugunsten des einen Ehegatten erfolgen.

Zum Schluß sei noch einmal darauf hingewiesen, daß das, was hier von der Gütergemeinschaft gesagt worden ist, nicht nur für die Allgemeine Gütergemeinschaft Geltung hat, sondern auch grundsätzlich für die anderen Formen der Gütergemeinschaft. Wir hatten bei der Allgemeinen Gütergemeinschaft die Ausscheidung aus dem Gesamtgut dadurch vollzogen, daß das zu erwerbende Recht zu Vorbehaltsgut erklärt wurde, bezw. daß es von selbst Sondergut eines Ehegatten wurde. Bei der Errungenschafts- und bei der Fahrnisgemeinschaft gibt es ein „Eingebrachtes Gut" eines jeden Ehegatten, welches ebenfalls aus dem Gesamtgut ausgeschlossen ist. [103])

---

[101]) Vgl. insbes. RG. 70/356 ff; auch Gruch.Beitr. 57/921.
[102]) So: Schreiber S. 335.
[103]) §§ 1520 ff.;1550 BGB.

Natürlich kann ein beschränktes dingliches Recht für einen Ehegatten an einem Gegenstand des Gesamtguts auch dann entstehen, wenn es in diese Gütermasse fällt, wie der Fall in OLG. Bd. 15 Seite 410 lehrt: Dort wurde für die in Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau zur Sicherstellung ihres Eingebrachten Gutes eine Sicherungshypothek an einem gemeinschaftlichen Grundstück eingetragen. Bei der engen Verknüpfung von Hypothek und Forderung fiel diese Sicherungshypothek also ebenfalls in das Eingebrachte Gut der Frau; damit war sie von dem Gesamtgut getrennt und das Recht konnte für die Ehefrau entstehen. (Auf die Absonderung, auf welche wir in dieser Arbeit den Hauptwert legen, ist in dieser Entscheidung nicht hingewiesen worden.)

Ferner sei auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft hingewiesen. Auch hier muß das oben Gesagte gelten. Träger des Gesamtguts sind hier nur andere Personen, nämlich der überlebende Ehegatte und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, welche im Fall der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind, als Gesamthänder. [104]) Da die für das Wesen des Gesamtguts der Gütergemeinschaft grundlegenden §§ 1438, 1442 BGB. durch § 1485 Abs. III und § 1487 BGB. auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft gelten, ergibt sich in Ansehung unserer Erörterung für die fortgesetzte Gütergemeinschaft keine Verschiedenheit. Auch hier stehen Gesamtgut und Privatvermögen [105]) der einzelnen Gesamthänder sich gegenüber, sodaß ein Rechtsverkehr in der oben geschilderten Weise auch hier zulässig ist. Also könnte ein gemeinschaftlicher Abkömmling, der mit dem überlebenden Ehegatten in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, ein beschränktes dingliches Recht an einer Gesamtgutssache erwerben, da der Erwerb nach § 1485 Abs. II nicht ins Gesamtgut fallen würde.

---

[104]) § 1483 BGB.; Kipp-Wolff § 67 IV; Opet § 1483,2; Rosenthal S. 60.

[105]) Privatvermögen des überlebenden Ehegatten: Sondergut, Vorb.-Gut; Privatvermögen des gemeinschaftlichen Abkömmlings: § 1485 II BGB.; Vgl. Kipp-Wolff § 67 V, 2—4; Opet § 1485,2.

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt.